

A LITIGIOSIDADE (ADMINISTRATIVA E JUDICIAL) COMO FATOR DE CONCORRÊNCIA NA ATRAÇÃO DE INVESTIMENTOS

JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Boa tarde Desembargador Wander Marotta, Professora Mary Elbe Queiroz, estimada Professora Misabel Derzi, em nome de quem quero saudar todas as mulheres operadoras do Direito. Eu quero agradecer a ABRADT peio convite para me colocar nesse meio de ferozes tributaristas – eu que tenho uma visão muito nítida do direito privado e que estou aprendendo a pensar em Direito Tributário há três anos apenas, mas me sinto muito honrado e prestigiado com o convite formulado de vir a Minas Gerais, porque como todo bom cidadão brasileiro adoro estar em Minas, no meio dos meus conterrâneos.

O tema que me ficou reservado é a ampla defesa e o contraditório no contencioso administrativo e jurisdicional. Quando falamos de ampla defesa e contraditório, a primeira coisa que nos vem à mente são certas críticas recorrentes, algumas das quais já foram bem colocadas pela Professora Mary Elbe. Nos vem à mente o recente caso da Schincariol: será que nós estamos vivendo em um país de plena liberdade democrática, como pregado na Constituição? Será que houve o devido processo administrativo, que houve o devido processo legal no aspecto penal para a prisão? Tudo isto é uma incógnita e nos preocupa, e eu aproveito a oportunidade para manifestar em público a minha opinião. Nos preocupa no sentido de que Getúlio Vargas, em que pese ter sido um grande estadista, na sua ditadura pregava algo como isto que vem ocorrendo. Toda essa "crise de autoridade" do Estado serve de pretexto, e todo pretexto que justifica a crise gera os excessos com que nós nos deparamos. O que eu lamento profundamente é que tudo isso se dá sob o palio da autorização judicial. Exatamente aquele Poder que tem a função precípua de assegurar a cada um o que é seu, de garantir os direitos

fundamentais insculpidos no texto da Constituição, dá carta em branco à Polícia Federal.

(Não estou criticando este ou aquele juiz, mas estou criticando o temor que sente a Magistratura Brasileira. Os responsáveis pelo temor são aqueles que pregam o controle externo, que criticam o Poder Judiciário porque ontem colocou na rua uma pessoa ainda não declarada culpada, porque esta tem direitos segundo a Constituição de aguardar em liberdade o seu julgamento até que seja, em definitivo, pelo trânsito em julgado, declarada culpada. Nós temos uma crise de autoridade alimentada pela mídia, cujos paradoxos nos levam a soluções de desrespeito às liberdades civis. E o mais grave é o desrespeito ao exercício de uma profissão que requer, como condição de seu exercício, o sigilo. Tirem os advogados de cena e falem em democracia! Ela não existirá e não ode existir se não tiver quem defenda aqueles direitos que a Constituição garante.)

É por isso que assume uma grande importância discutirmos o assunto da ampla defesa, neste momento, no nosso País. É verdade que a Constituição alinhavou aquilo que já era conhecido como direitos fundamentais desde a muito. E a Constituição, na realidade, ao positivizar tais direitos em texto escrito, apenas garantiu de forma expressa aquilo que já se encontrava implícito no sistema democrático. São aquelas garantias fundamentais arroladas no artigo 5º da Constituição Federal. Assim, vamos ver, como expressão do direito de defesa constitucional, o direito de petição aos poderes públicos. E vamos ver no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, o asseguramento de um direito constitucional verdadeiramente vigente em todo país democrático, que é o direito de acesso ao Judiciário – que é um direito constitucional de ação, mas não aquele simples direito de ação traduzido em mero direito de petição ao poder judiciário. É preciso enxergar no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, muito mais que um direito de petição: é preciso enxergar nele o direito de acesso ao Judiciário, por uma justiça justa – como bem frisou

aqui, no ano passado, o Ministro Carlos Mário Veloso. No acesso justo está implícito aquele inciso LXXVIII, inserido com a Emenda Constitucional de número 45, que garante a razoabilidade de duração do processo. Mas este acesso justo também está a traduzir um direito de defesa conferido ao cidadão, no âmbito jurisdicional. Em especial, em matéria tributária, há o contribuinte de um lado, e a Fazenda Pública de outro. Mas o que aqui nos interessa é, sobretudo, falar do direito fundamental do contribuinte. Por esse direito de petição jurisdicional nós vamos entender, não só o direito à iniciativa do processo, como também o direito de contestação, de defesa, de resposta – e mais do que isso: o direito de ser efetivamente ouvido. Ser efetivamente ouvido é obter decisões fundamentadas, que dizem a razão pela qual o Magistrado está resolvendo, decidindo a lide. No plano infraconstitucional, para assegurar esse direito de defesa, nós encontramos, dentre os recursos, um de extrema importância, que é os embargos declaratórios – tão detestado por nós juízes, e tão amado pelos advogados, principalmente aqueles que pretendem alçar os seus recursos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal. Dentre esses direitos, eu também destaco o direito de recurso. O direito de recurso também é um direito de ter a manifestação de um tribunal superior sobre as lides. É a expressão do direito de ação. Portanto, é manifestação do acesso ao Judiciário.

Agora eu faço um paralelo com o procedimento administrativo para indagar se existiria um direito ao duplo grau de jurisdição assegurado no direito administrativo. Estaria lá assegurado, da mesma forma com que se assegura no direito processual civil, penal ou no jurisdicional, esse acesso às instâncias superiores? A Professora Ada Pellegrini Grinover, quando lançou o seu primeiro livro de tese de doutorado que falava do Direito Constitucional de Ação, enxergava o duplo grau como uma expressão de ação, como implícito no nosso sistema. Outros processualistas – e eu destaco aqui um dos grandes, o Barbosa Moreira – nos dizem que a Constituição não assegura o duplo grau de

jurisdição. Eu faço reserva nesse ponto do eminente processualista carioca. Se não assegura, porque a previsão no texto constitucional de tribunais de segundo grau? Porque a organização judiciária brasileira é moldada na Constituição em um esquema de verticalização? Porque, ao meu ver, implicitamente, esta sendo reconhecida a possibilidade, a necessidade de um duplo grau de jurisdição. Portanto, nessa amplitude do direito de defesa, cabe destacar, mais do que o direito de petição, o direito de ser ouvido, como direito aos recursos inerentes, direito de solicitar a produção de provas e o direito de produzi-las, bem como o caráter prévio da defesa – que é fundamental, visto que há de se ouvir primeiro para depois decidir.

E destaco, também no campo administrativo, a autodefesa e a defesa técnica, entendidas, a primeira, como a possibilidade que tem o próprio contribuinte formular sua defesa independentemente de advogado, e, a segunda, como a possibilidade de optar por uma defesa técnica contratando um advogado. Ainda no âmbito da ampla defesa e do contraditório, destaco, no que tange ao contraditório, a informação geral. Todo cidadão tem o direito de ser informado do porquê de estar sendo processado. Tenho votado sistematicamente no sentido de que não pode existir inquérito sigiloso para o advogado do réu. O cidadão tem que saber por que está sendo investigado. Não me comove o princípio de que o réu pode atrapalhar a instrução. Eu prefiro pensar que ele pode ajudar a instrução. Ninguém pode ser processado na calada da noite, como tem ocorrido. Ninguém pode ter o escritório de seu advogado invadido sem saber o porque, ou seja, sem que exista um prévio procedimento.

É uma pena que alguns operadores do Direito no Brasil não tenham lido a última edição do livro "Da Filosofia do Direito", de Gustav Radbruch – especialmente aquele trecho de sua reflexão em que ele fala sobre como a exacerbação do positivismo conduziu-nos à Segunda Guerra Mundial. Ali ele mostra que, em nome de um positivismo exacerbado, as atitudes de Hitler eram legitimadas no ordenamento jurídico alemão. Ao

pensarmos nesse diapasão, podemos entender que o que esta acontecendo no Brasil, com todas essas más surpresas, é algo muito parecido, fazendo-se as devidas deduções. Isto porque eu não acredito que alguém possa não ter o direito de escolher o advogado. Eu não acredito que o advogado não tem o direito de manter o sigilo das informações recebidas de seus clientes. Se isto acontece – e está a acontecer – o sistema democrático sofre abalo. Como sofreu um abalo a democracia norte americana com a guerra do Iraque, na qual, em nome da defesa nacional, prisioneiros foram reduzidos à condição de animais em Guantánamo, direitos civis foram cassados. E isto vai prevalecer até que o país acorde, até que a inteligência prevaleça e comece a pregar que aquilo é abuso, que aquilo é absurdo, e também que a Suprema Corte – extremamente partidarista, nos Estados Unidos – tome consciência de que não pode dar aval àquelas atitudes. Não é diferente aqui: em nome do combate à corrupção, em nome da sonegação fiscal, nós caminhamos legitimando ações que atentam, que testilham contra os princípios constitucionais, contra os direitos fundamentais, e tudo isso a desprestigiar a democracia.

Eu não posso deixar de destacar que, como consequência desses princípios insculpidos no texto constitucional, o legislador editou a Lei 9.784, que regula o procedimento administrativo, e pela qual o legislador teve o cuidado de, no artigo 2º, listar uma série de princípios, como o da legalidade, da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da moralidade, da proporcionalidade, da ampla defesa, do contraditório; da segurança jurídica, do interesse público, da eficiência. E lá, ele também tomou o cuidado de estabelecer critérios. O critério insculpido no texto do inciso I do artigo 2º é: "... a atuação se dará conforme a lei e o Direito." Preste-se bastante atenção para que, aqui, o legislador foi além da lei: "conforme a lei e o Direito". Ele vai além para albergar os princípios que informam todo o ordenamento jurídico. E se é o correto – e é o correto –

lermos o texto partindo da Constituição, nós não podemos legitimar as ações que testilham com esses princípios.

Eu quero destacar um outro ponto, citando o professor Celso Antônio Bandeira de Mello: "Nesse combate à sonegação, que permeia toda a administração pública brasileira, não há de se confundir o interesse público com o interesse da Fazenda Pública." Celso Antônio Bandeira de Mello nos orienta dizendo que esta distinção é fundamental para pautar a conduta não só dos administradores, como também dos próprios advogados que integram a administração pública. O interesse da Fazenda Pública é o interesse de arrecadar. Evidentemente que é arrecadar com expressa previsão legal. Mas o interesse público vai além. O interesse público é o interesse da prevalência da ordem jurídica. E quando ambos entram em choque, não temos dúvidas em optar pela prevalência da ordem jurídica, que mais interessa às sociedades do que o interesse da Fazenda Pública.

É importante perceber que a Lei 9.784 fala no princípio da segurança jurídica. A Professora Mary Elbe já lembrou que, quando falamos em segurança jurídica, vem o questionamento: É razoável que o Ministro da Fazenda, oito meses após uma decisão proferida pelo Conselho de Contribuintes, avoque o processo sob o pretexto da supervisão ministerial e anule a decisão? Está em consonância com esse princípio insculpido na Constituição e no texto da Lei, e que regula o procedimento administrativo? Em que se pauta o Ministro da Fazenda? No entendimento do Procurador ou pelo que manda a Lei? Ao Superior Tribunal de Justiça não restou outra alternativa que não fazer prevalecer a Constituição e a Lei, e cassar, em Mandado de Segurança, a decisão do Ministro, para restabelecer a decisão do Conselho de Contribuintes. Mas se não fosse só a segurança jurídica, nós teríamos também que entender que o Conselho de Contribuintes é órgão da administração. É a administração se manifestando em última instância, porque assim determina a Lei. Se assim o é, como pode o Procurador da Fazenda ajuizar demanda com

entendimento contrário àquele que decidiu o Conselho de Contribuintes? Eu rasgo meu diploma de Direito se esta tese vingar no judiciário brasileiro. Isto porque ela beira a raia do absurdo. Eu não creio que o Procurador possa desautorizar a Administração, que fala legalmente, em último lugar, no procedimento administrativo. De outro modo, qual a razão para a existência do Conselho de Contribuintes? Acabem com ele. É outro problema. Mas existindo, e tendo a competência que tem, evidentemente não haverá ensejo para essa revisão, por parte do Judiciário, das decisões contrárias ao fisco e favorável ao contribuinte, porque é ele quem tem legitimidade e competência para manifestar em nome da administração pública o seu interesse.

Falo agora sobre o valor da confissão dos tributos. E sejamos pragmáticos: porque se fala em confissão de tributos? Porque se faz declaração de dívida ao fisco, ou confissão de dívida ao fisco? Somente porque se quer obter certidão negativa. Ninguém confessa ao fisco se não é para obter certidão negativa. Há um pequeno dispositivo na Constituição é a expressão maior de uma revolução ocorrida na Inglaterra, pela qual se estabeleceu o princípio da legalidade em tributos: não se pode cobrar tributo sem que haja uma prévia previsão legal. É o princípio da legalidade, esculpido no artigo 150, I, da Constituição Federal. Com isso se quer traduzir que só é possível cobrar tributo quando houver uma expressa previsão legal. O que se cobra, ainda que declarado ou confessado pelo contribuinte, quando não existe uma prévia previsão legal, quando não há previsão legal, na realidade, constitui confisco, traduz-se numa arrecadação ilegítima. E o fisco não pode viver de esmola. O fisco vive de arrecadações compulsórias, chamadas de tributos ou contribuições, previstas na Constituição Federal e nas Leis que a regulamenta. Portanto, a única fonte do tributo é a Lei. Quem confessa algo que está em desacordo com a Lei, faz uma confissão ineficaz, para não dizer inválida, porque aí ocorre o defeito, a mácula. Nós, não só no

plano dos efeitos, mas sobretudo no plano da validade, já que só é válido o tributo quando previamente estabelecido em lei.

Do mesmo modo, quem faz a confissão de um tributo que depois venha a ser declarado inconstitucional tem direito à sua repetição, porque o suporte jurídico que embasava aquela manifestação, que autorizava aquela confissão, deixou de existir. E aqui, pelo princípio da legalidade, o tributo não pode ser exigido. Poderá a parte alegar tanto em embargos, como em ação anulatória, ou ação de repetição de indébito, prevista no art. 165 do Código Tributário Nacional. O fato é que sequer deveria existir este instrumento de confissão de dívida, já que a obrigação tributária é uma obrigação que decorre da força da Lei e não da vontade das partes. Não tem nada mais inútil e ineficaz do que uma confissão de dívida, já que o tributo é devido porque decorre da Lei. Mas o que levou a isso? Certamente algum jurista que veio da área privada, como eu, e que levou toda sua formação para a área pública, e pensou com a cabeça de Pothier, de Caio Mário, em vez de pensar com a cabeça dos tributaristas: Aliomar Baleeiro, Rui Barbosa Nogueira, Paulo Barros de Carvalho, Geraldo Ataliba, etc. Assim, quando há esta transmutação na administração e alguém vai com a formação privada para o direito público, começa a exigir esse tipo de confissão, que não tem valor nenhum. Pois não é a vontade das partes, não é a vontade do contribuinte apta a gerar a obrigação tributária. Essa tem uma única fonte: a lei. Por isso, o valor dessas confissões, ou dessas declarações, é relativo. Se não houver lei que autorize a cobrança, ou se esta existir, mas for constatado um erro *a posteriori*, quer de direito, quer de fato, o contribuinte tem direito à repetição do indébito. De outro modo, estaríamos fazendo tabula rasa do princípio da legalidade insculpido no texto constitucional.

Por fim sublinho: aquele que fez o REFIS e que incluiu, no REFIS, a COFINS, onde se discutia a base de cálculo da própria COFINS, da Lei 9.718, se confirmada a expectativa, ou a tendência do Supremo Tribunal Federal de declarar a inconstitucionalidade da Lei 9.718, terá

condição, sim, de rever essa parte confessada. O fisco não pode cobrar além do que lhe permite a lei. Assim, em boa hora declarará o Supremo Tribunal a inconstitucionalidade – e só ele pode fazê-lo, não o Superior Tribunal de Justiça; não adianta argumentar violação do art. 110 no STJ que não vai levar nada, porque esse problema é constitucional, refere-se ao princípio da reserva, e até para se aferir o conceito de faturamento de receita tem-se que passar primeiro pela interpretação constitucional, só depois será aferido pelo art. 110 (o qual tem uma cláusula que advogado adora esquecer, bem no final, que diz: o legislador não pode mudar conceito de direito privado insculpido na Constituição para fixar ou modificar competência). Então, neste caso nunca ocorrerá a mudança de competência, ela continuará coma a União.

Portanto essa matéria já está na sua sede adequada e o Supremo Tribunal Federal tende - não estou falando pelos Ministros do STF, mas estou falando pela tendência, pelo sentimento da comunidade jurídica, pela vontade coletiva, porque os órgãos do Tribunal, do colegiado, têm alma, têm vontade, e a alma dessa vontade me diz que caminhará pela inconstitucionalidade, muito embora o Procurador da Fazenda diga todos os dias que a questão está em aberto. Está cinco a zero, falta um. Mas pode acontecer, de vez em quando, de aparecer um cidadão com as pernas abertas na barreira, e o outro time fazer um gol. Mas eu não acredito; a tendência é mesmo a da inconstitucionalidade. Desse modo, quem fez REFIS e incluiu essa parcela terá direito a re-pactuar, a repetir, dependendo da forma que se deu o REFIS. Agradeço a atenção de todos. Muito obrigado.